

**FACULTADES DEL JUEZ EN MATERIA DE PREACUERDOS – Estos le son vinculantes, salvo vulneración de garantías fundamentales./ CALIFICACIÓN JURÍDICA - Facultad exclusiva y excluyente de la Fiscalía General de la Nación. / PREACUERDOS – VALORACIÓN PROBATORIA – Le corresponde a la Fiscalía analizar los elementos probatorios con los que cuenta, para realizar la adecuación jurídica que considera procedente. / VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA EN CASO DE MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES - Procede de contarse con nuevos elementos materiales probatorios que lo justifique - Siendo que la acusación es función privativa y exclusiva del ente instructor y que la función de la judicatura en el tema de preacuerdos se agota con la verificación formal de su desarrollo, salvo flagrante vulneración de garantías fundamentales, en tanto el control material es incompatible al sistema penal acusatorio, se considera que la funcionaria judicial no podía improbar el preacuerdo, aduciendo vulneración de las garantías de la víctima, por haber la Fiscalía readecuado la tipicidad de la conducta, conforme los elementos materiales probatorios recaudados en su investigación; no siéndole factible conforme a su rol, cuestionar con el fin de corregir o enmendar tal readecuación típica ni realizar una valoración a fondo de los elementos presentados por el ente instructor. Postura que se encuentra conforme con la jurisprudencia constitucional, en la cual se sostiene que en casos de menores víctimas de delitos sexuales, el acuerdo es válido cuando el ajuste de la calificación jurídica del acto imputado, cuenta con elementos materiales probatorios nuevos que permitan predicar o justificar el cambio del delito, en pro de garantizar los derechos fundamentales de la parte ofendida. /**

---

## ***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto***

### ***Sala de Decisión Penal***

<b>Magistrado Ponente</b>	<b>:</b>	<b>Franco Solarte Portilla.</b>
<b>Asunto</b>	<b>:</b>	<b>Apelación auto que improbo un acuerdo.</b>
<b>Delito</b>	<b>:</b>	<b>Acto sexual abusivo con incapaz de resistir</b>
<b>Acusado</b>	<b>:</b>	<b>CL</b>
<b>Radicación</b>	<b>:</b>	<b>521106000507-201600077-01 N.I. 24798</b>
<b>Aprobación</b>	<b>:</b>	<b>Acta No. 2018 – 195 (Diciembre 14 de 2018)</b>

**San Juan de Pasto, diciembre diecinueve de dos mil dieciocho**

### **Objeto del pronunciamiento**

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por quien obra como defensor del señor CL, en contra del auto interlocutorio fechado a 26 de julio de 2018, por el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, improbo

el preacuerdo suscrito entre el acusado y la Fiscalía, en el proceso seguido contra del prenombrado por el reato de acto sexual abusivo con incapaz de resistir.

## **Resumen de los hechos**

En la localidad de Buesaco, Nariño, para el 1° de junio de 2016 se supo por información de la señora MMA que su hija JAPA, que padece de un déficit cognitivo y retraso mental moderado, quien contaba para la época de los fácticos con 16 años de edad, fue abusada sexualmente por un sujeto que se movilizaba en una motocicleta, luego de abordarla a las afueras de la Fundación Luna Arte ubicada en esa municipalidad; ello debido a que fue encontrada por su madre y hermano por la vía que conduce al municipio de La Unión, Nariño, en compañía del susodicho; razón por la cual su progenitora la trasladó de manera inmediata al centro de salud de Buesaco, en donde la sometieron a una valoración psicológica y fue a través de interrogatorio practicado a la menor de donde se confirmó que fue víctima de tocamientos en su cuerpo y partes genitales, a cargo de quien se identificó como CL.

## **Síntesis de la actuación cumplida**

En audiencias concentradas preliminares llevadas a cabo el 30 de noviembre de 2017, el Juzgado Promiscuo Municipal de Buesaco con Función de Control de Garantías, declaró la legalidad del procedimiento de captura en virtud de la orden judicial emitida en contra del señor L; en el mismo acto la Fiscalía imputó al prenombrado los fácticos atrás narrados, calificándolos jurídicamente en la conducta delictiva de acto sexual abusivo con incapaz de

resistir, cargo que el imputado no aceptó, dando paso a la imposición de la medida de detención preventiva en establecimiento penitenciario.

Acorde a la obligación que le asiste a la Fiscalía, radicó escrito de acusación el 11 de enero de 2018, el que le correspondió en reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, que fijó como fecha y hora para la realización de la correspondiente audiencia el 19 de febrero del mismo año, empero la diligencia fue aplazada para el 23 de mayo teniendo en cuenta que las partes expresaron la posibilidad de suscribir un preacuerdo.

Fue así como al día 22 del mismo mes y año se presentó el acta de consenso, la que consistió en que el ente acusador readecuó la calificación jurídica imputada, a partir de la recopilación de nuevos elementos materiales probatorios conforme a los cuales decidió hacer readecuación a la imputación jurídica, para entonces endilgarle al señor CL la comisión del delito de acoso sexual agravado conforme a lo descrito en los artículos 210A y 211 numeral 7° del Código Penal, por considerar que la conducta descrita se acomoda de manera más acertada a los hechos objeto de investigación; es por ello que los términos del convenio se destinan a la aceptación de responsabilidad del reato mencionado en calidad de autor a título de dolo, pactándose así una sanción de 18 meses de prisión.

La verificación del acuerdo se llevó a cabo en la fecha siguiente de su radicación, en donde la Juez le concedió el uso de la palabra a la acusadora para que informe acerca de los términos del preacuerdo, quien procedió de conformidad y culminó deprecando a la justicia su convalidación; acto seguido se concedió el uso de la palabra a los restantes sujetos procesales en pro de que manifiesten sus posiciones respecto del acuerdo.

Inició el representante de la sociedad quien arguyó acerca de la posibilidad que tiene la Fiscalía para modificar los cargos de conformidad a los hechos y EMP probatorios recaudados. En su sentir, los acontecimientos descritos por el ente acusador se encasillan en el punible de acoso sexual agravado, sin que ello represente vulneración de garantías fundamentales, máxime cuando la víctima fue objeto de un acto reparador, además de haberse cumplido con los requisitos legales para que el preacuerdo sea considerado válido y vinculante para la Judicatura.

Por su parte, el apoderado de las víctimas solicitó a la señora Juez verificar desde una perspectiva formal si los hechos y situaciones acreditadas en el proceso corresponden con la calificación jurídica realizada por la Fiscalía, ello a fin de evitar ofensas a los derechos de la parte que representa.

La defensa indicó que la Fiscalía tiene la potestad para realizar la adecuación típica, por ello, con la revisión de los EMP ha llegado a la conclusión de que en el presente evento se trata de una asedio con fines sexuales, más no de otro tipo de actos o maniobras de tipo erótico; en ese sentido acotó que el tiempo que estuvo su protegido con la víctima movilizándose en la motocicleta descartaría la posibilidad de que se hubieran ejecutado diferentes acciones a las que indica el delito imputado, razones que consideró suficientes para que se apruebe el acuerdo, aunado a que debe tenerse presente que se llevó a cabo el resarcimiento a favor de la menor.

Luego de escucharlos, la Judicatura dispuso aplazar la diligencia para la toma de la decisión, reanudándose la audiencia el 26 de julio hogañ, oportunidad en la que la Juzgadora resolvió improbar el preacuerdo, determinación que fue apelada por la defensa, razón por la que arribó el asunto a esta Corporación para que resuelva la impugnación propuesta.

## **La providencia impugnada**

La primera instancia concluyó que el preacuerdo suscrito por las partes quebranta garantías fundamentales y en especial de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. Fundamentó su valoración en apartes jurisprudenciales<sup>1</sup>, conforme a los cuales estimó que el análisis realizado por la instructora del proceso fue sesgado y parcializado; así pues procedió a dar lectura a los extractos pertinentes, de los cuales resaltó que si de los hechos ocurridos converge la comisión de una conducta de actos sexuales o acceso carnal, se debe tipificar como tales, no como acoso sexual; en ese sentido analizó que los EMP aportados al asunto demuestran que el acoso u hostigamiento pasó a materializarse para constituir en su criterio un acceso carnal, pues el himen de la menor se encontró desgarrado, lo que impide convertir tales hechos en una conducta delictiva como la descrita en el artículo 210A del Código Penal; además adujo que se mostró evidente que los actos sobrepasaron el umbral de la simple consolidación de un favor sexual a la ejecución del ánimo libidinoso protagonizado por el ahora acusado. De otra parte sostuvo que era necesario establecer técnicamente la edad mental de la menor, para lo cual solicitó a la madre prestar la colaboración del caso.

Por último recordó que la potestad de la Fiscalía para realizar la adecuación típica no es ilimitada, menos puede ser caprichosa, en todo caso debe ceñirse a los hechos y lo debidamente acreditado en el proceso, límites que a la vista de la Juzgadora se están excediendo, de ahí que tomó la determinación de improbar el preacuerdo presentado por las partes.

## **Argumentos de la impugnación y de los no recurrentes**

---

<sup>1</sup>Contenidos en la sentencia del 7 de febrero de 2018, radicado 49799, M.P. Fernando León Bolaños Palacios.

Inconforme con la decisión, el defensor argumentó que lo advertido por la Falladora de primer nivel es un prejuizgamiento, ya que se olvidó que si se llegó a un preacuerdo fue porque la Fiscalía dentro de sus posibilidades estimó que no contaba con los elementos probatorios suficientes para establecer la ocurrencia de un delito sexual en la modalidad de acceso o de actos; al margen de ello destacó que si bien existe un examen clínico que conceptúa acerca de un desgarró del himen de la menor, en el mismo no se estableció en qué fecha pudo ocurrir tal suceso; de ahí que atribuir sin más las resultas del aludido dictamen al comportamiento delictivo desencadenado por el procesado configura agravar su situación sin contar con las pruebas que así lo determinen.

Señaló que frente a la condición de discapacidad que presenta la víctima, no fue posible contar con la valoración de un médico psiquiatra para con ello dilucidar tal aspecto, como los relacionados con el hecho que se investiga; por lo tanto aseguró que no es posible llegar a las conclusiones a las que arribó la primera instancia, como tampoco dimensionar el grado de déficit cognoscitivo que pueda tener la menor, del que dijo no parecería ser tan severo, ya que a los 16 años se encontraba cursando 11 grado de bachillerato.

En ese orden de ideas, afirmó que el hecho de darse el convenio en los términos ya conocidos, no fue por el simple ánimo de reducir la sanción penal a favor del inculpatado, sino que provino de parte de la Fiscalía del estudio de los EMP, entre los que se encontró algunas contradicciones, conforme a las cuales consideró que la mejor forma de dar solución al proceso era tipificar la conducta delictiva como quedó plasmada en el acuerdo.

Lamentó el hecho de que la Delegada de la Fiscalía presente en esa audiencia no sea la misma con quien se adelantó el preacuerdo y estuvo presente a lo largo de la investigación, ya que podría corroborar las circunstancias en las que se arribó al consenso; en ese sentido solicitó se revise de manera integral el pacto para así arribar a la revocatoria de la decisión proferida por el Juzgado de primera instancia y en su lugar se proceda a la aprobación de lo acordado entre las partes.

- **Sujetos no recurrentes**

La Fiscalía manifestó compartir los argumentos de la Juzgadora, por lo que no realizaría otras manifestaciones al respecto.

Mientras que el apoderado de las víctimas estimó que la decisión adoptada por la Judicatura se congracia con la jurisprudencia<sup>2</sup> por él puesta de presente en pasada audiencia, por lo que consideró que la determinación asumida por la primera instancia se ajusta a derecho, de ahí que replicó se confirme la misma.

## **Consideraciones**

*Ab initio* advierte el Tribunal que a voces del artículo 34 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal es competente para examinar el fondo de la cuestión en esta oportunidad planteada en la apelación. Así el problema jurídico a examinar es:

---

<sup>2</sup> La representación de las víctimas en la audiencia de verificación del preacuerdo trajo a colación una providencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, bajo el radicado SP 931 de 2016, M.P. José Leonidas Bustos

*¿Se extralimitó la Juzgadora de primera instancia en su función de controlar la legalidad del preacuerdo presentado por los sujetos procesales, al cuestionar la calificación jurídica atribuida a los hechos investigados por parte de la Fiscalía, de donde devino la aceptación de cargos del acusado plasmado en el convenio, para de ahí considerar su improbación por vulneración a las garantías de la víctima?*

En ese sentido es claro que la discusión se centra en el hecho de si la censura elevada por el Juzgado de base de cara a la variación de la calificación jurídica que se hizo por parte de la Fiscal que en su momento conoció del proceso, desborda los límites de lo que sus funciones y rol como Juzgadora le permiten.

Ahora bien, es de recordar que el ente acusador cuenta con amplias facultades otorgadas constitucional<sup>3</sup> y legalmente<sup>4</sup> para efectos de realizar preacuerdos y negociaciones, siendo estos una figura jurídica que resulta ser exclusiva del sistema penal acusatorio; empero el uso de dichas potestades no se puede entender como una patente de corso que permita desconocer el marco de la legalidad, obligando en consecuencia, por una parte, a que la Fiscalía se ciña a los fácticos investigados, para así atribuir la calificación jurídica, y por otro, al juez de conocimiento a respetar lo convenido por las partes. Al respecto el máximo Tribunal de la justicia penal ordinaria señaló:

***“Más adelante, en SP13939-2014, concluyó que en términos de legalidad o estricta tipicidad, el Fiscal puede definir qué conducta imputa o imputar una menos gravosa, pero no le está permitido «crear tipos penales». Así mismo, señaló, que el Juez de Conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la Fiscalía, salvo que este desconozca o quebrante las garantías fundamentales, verifique algún vicio en el consentimiento o afecte el derecho de defensa.***

---

<sup>3</sup> Artículo 250 Carta Política

<sup>4</sup> Artículos 348 a 354 de la Ley 906 de 2004

*A título de ejemplo, señaló que dichas circunstancias se estructurarían cuando el Fiscal pasa por alto aspectos como dos beneficios incompatibles, acceda a una rebaja superior a la permitida o no cumpla las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado.”<sup>5</sup> (Negritas de la Sala).*

Con relación al tema del control que debe hacer el juez de conocimiento a la acusación, así como al allanamiento a cargos o preacuerdos que a aquella se asimilan, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>6</sup> ha trasegado desde las posiciones que restringen tal labor, pasando por las intermedias e incluso ha llegado a las que otorgan amplísimas facultades al juzgador en punto al tema. No obstante se sabe que del estado actual del arte de la Sala de Casación Penal, tiene sentado una postura que representa una actitud meridional, acorde con la cual por regla general el juez no puede realizar control material a la acusación que presente la Fiscalía<sup>7</sup>, salvo que aquella represente un claro quebrantamiento a las garantías procesales de las partes, siendo certera al afirmar que tal situación no debe estar afinada en la discrepancia que el juzgador pueda tener con la posición asumida por el acusador, pensando que su valoración jurídica o probatoria es la que debe imperar por encima de la que a consideración del persecutor se ha plasmado en el convenio. Sobre el punto así se refirió:

*“Una vez establecido que la acusación se ha realizado según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (que incluye las posibilidades de control a esta actividad de parte), el juez debe proceder a evaluar si los términos del preacuerdo se ajustan a las normas aplicables al caso, según el desarrollo que de las mismas ha hecho la jurisprudencia, bajo el entendido de que tiene la obligación de aceptarlo, salvo que este desconozca o quebrante garantías fundamentales, como lo dispone*

---

<sup>5</sup> CSJ, Sala de Casación Penal, Rad 98071, 26 abr 2018. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

<sup>6</sup> Con relación al tema en la sentencia SP14191-2016 Rad 45594. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, se trajo a colación los referentes jurisprudenciales sobre las posturas manejadas en relación al punto tratado.

<sup>7</sup> “Finalmente, en el fallo de casación CSJ 16 Jul. 2014, Rad. 40871, la Corte, luego de hacer un recorrido por su propia línea jurisprudencial<sup>7</sup> (CSJ AP, 15 Jul. 2008, Rad. 29994; CSJ AP, 14 Agost. 2013, Rad. 41375; CSJ SP, 21 Mar. 2012, Rad. 38256; CSJ SP, 6 Feb. 2013, Rad. 39892 y CSJ AP, 16 Oct. 2013, Rad. 39886), concluyó que “por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”. (Cfr, CSJ SP1484-2015, Rad 43436, 28 oct 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar). (Negritas fuera de texto).

expresamente el artículo 351, inciso cuarto, de la Ley 906 de 2004. Frente a este tema la Corte ha resaltado:

*[p]ara la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, **no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.***

*En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio del consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-. (CSJ SP, 15 Oct. 2014, Rad. 42184).<sup>8</sup> (Negrillas de la Sala):*

Al respecto se debe acotar que bajo los presupuestos que rigen el sistema penal acusatorio, cada uno de los sujetos que participan en el mismo deben cumplir cabalmente con las cargas que les son anejas, en el entendido que de lo contrario fácilmente se podría generar un desbalance impropio del modelo procesal penal que se ha acogido en Colombia, propiciando espacios inadmisibles para el rol que están destinados a ejercer en el proceso, siendo entonces factible que por esa misma razón lo convenido no sea del agrado de todos los intervinientes, pero no por ello podrá justificarse ni mucho menos abanderarse la posibilidad de que medie la intromisión a las facultades atribuidas legalmente tanto al Fiscal como al juez, a costa de defender su propio criterio, que en algunas ocasiones en poco o nada ayudan a la dinámica propia de la justicia premial. Apreciaciones que entonces se acompañan con el siguiente referente jurisprudencial:

*“De ninguna manera, es imperativo destacarlo, la evaluación de aprobación o improbación del preacuerdo puede pasar por auscultar que todas las partes e intervinientes se sientan satisfechos con el mismo, **ni a partir de verificaciones eminentemente subjetivas acerca del valor justicia y su materialización en el caso concreto,***

---

<sup>8</sup> CSJ SP1484-2015, Rad 43436, 28 oct 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

***pues, sobra referir, precisamente la razón de ser del preacuerdo estriba en las renunciaciones mutuas de quienes lo signan e indispensablemente ello representa sacrificios más o menos tolerables del valor justicia, pero también de los principios de contradicción, doble instancia y el derecho de defensa, conforme lo establecido en el literal k) del artículo 8° de la Ley 906 de 2004.***

***En este sentido, siempre será posible significar, no importa la índole de lo acordado o los beneficios entregados al imputado o acusado, que el pacto representa algún tipo de afectación en lo que atiene a los derechos de verdad, justicia y reparación de la víctima.***

***Pero, precisamente la tensión entre esos derechos y los postulados y finalidades esenciales del sistema, la solucionó el legislador dando prevalencia al criterio del Fiscal y estableciendo respecto de lo pactado unos límites específicos que, de cumplirse, obligan avalar la negociación con el consecuente fallo de condena.”<sup>9</sup> (Resaltado de la Sala).***

Tal como se señala en los diferentes apartes jurisprudenciales, no existe un listado taxativo de situaciones en las que es posible deducir una afrenta a los derechos fundamentales del calibre suficiente como para determinar que la variación a la acusación conlleva la improbación del preacuerdo; por ello, lógicamente es menester que el juzgador adelante el control de legalidad del acto consensuado dentro de los parámetros que le permite el ordenamiento aplicable, sin que le sea permitido hacer una valoración a fondo de los EMP presentados por la Fiscalía, a menos que luzca de bulto una situación fáctica que en nada se compagine con la calificación jurídica que se endilga al procesado, con lo cual deviniera inexorablemente la trasgresión a los derechos de las víctimas.

Veamos que la principal razón que adujo la Juez de conocimiento para improbar el pacto arrojado por la Fiscalía, el acusado y la defensa, tiene que ver con el hecho de haberse detenido en el estudio a fondo del examen médico sexológico practicado a la víctima, de donde estableció la existencia de un desgarramiento en el himen, lo que sin lugar a dudas a juicio de la Funcionaria

---

<sup>9</sup> CSJ SP13939-2014, Rad 42184, 15 oct 2014. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

de primer nivel lo interpretó como un acto de penetración, razón por la que consideró que el delito que aconteció es el de acceso carnal violento; de ahí que advirtió que variar la situación jurídica al reato de acoso sexual constituiría vulneración a las garantías procesales de la menor.

Bajo esa órbita se deduce claramente que errado fue el raciocinio realizado por la Falladora, en el sentido de llevar a cabo un juicio de valor que le está vedado hacer frente a la exclusiva función que le atañe al representante del Estado de calificar o adecuar la conducta delictiva en el escenario de un preacuerdo o incluso de la acusación, como en efecto en este evento ocurrió, lo que entonces ocasionó sin más que se fijara una visión subjetiva y particular del hecho criminal por parte de la Juez de primera instancia, apartándose con ello del rol que le incumbe y la función proscrita en el ordenamiento legal.

Preciso es acotar que en el caso que nos ocupa la Fiscalía se encaminó a modular el delito imputado, o en otras palabras a readecuar la tipicidad de la conducta, para entonces encausar la acusación en una con pena menor, conforme al contenido de los elementos materiales probatorios recopilados en la actuación, actividad totalmente válida al margen de las potestades legales y constitucionales que le corresponde en el marco del proceso penal; lo dicho se encuentra suficientemente abordado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el siguiente precedente:

*“De tiempo atrás la jurisprudencia se ha referido a la posibilidad que tiene la Fiscalía General de la Nación de ajustar la calificación jurídica durante la acusación. Las normas que regulan este aspecto y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el particular fueron analizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-025 de 2010, donde se precisó:*

*“En este orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>10</sup>, en materia de aplicación del principio de congruencia en el contexto de un sistema penal acusatorio, se tiene que (i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación; (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. **En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos.**”*

*La anterior doctrina no admite mayor discusión cuando se trata de un trámite ordinario. El problema se suscita cuando ese tipo de ajustes se ejecutan en el acta de un preacuerdo, no como parte de las concesiones hechas al imputado o acusado, sino como producto de las valoraciones del fiscal sobre la calificación jurídica correcta para el caso en particular.*

**La Sala considera que esos cambios son procedentes, en los mismos términos en que podrían hacerse en el trámite ordinario.**

*En primer lugar, porque el acta de preacuerdo equivale al escrito de acusación, como lo dispone expresamente el artículo 350 de la Ley 906 de 2004. **De esta manera, si para el momento del acuerdo la Fiscalía considera que debe hacer algún ajuste a la calificación jurídica efectuada en la imputación, en salvaguarda del principio de legalidad, puede hacerlo en esa oportunidad.***

*Concluir lo contrario puede generar consecuencias desventajosas para el imputado y contrarias a los fines inherentes a la denominada “justicia premial”, por las siguientes razones:*

*Primero, porque la Fiscalía se vería obligada a seguir alguno de los siguientes caminos procesales: (i) celebrar un acuerdo a partir de una calificación jurídica que considera inadecuada; (ii) esperar hasta la audiencia de acusación para realizar los respectivos ajustes y luego celebrar el acuerdo, y (iii) optar obligatoriamente por el trámite ordinario. Lo primero es inaceptable por ser contrario al principio de legalidad y a la obligación que tiene la Fiscalía de adecuar su actuación a un criterio objetivo y transparente, “ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley” (Art. 115 de la Ley 906 de 2004). Lo segundo, conllevaría una menor rebaja de pena, porque el sistema de terminación anticipada de la actuación penal en buena medida está gobernado por la idea de otorgar mayores beneficios en la medida en que la colaboración con la administración de justicia se haga más pronto. Y lo tercero, truncaría para el acusado la posibilidad de obtener los beneficios por colaboración (en este caso*

---

<sup>10</sup> Entre otras, CSJ SP 17 Sep. 2007, Rad. 27336 y CSJ SP 28 Nov. 2007, Rad. 27518.

*materializada en la pronta solución del caso) y le impediría a la Fiscalía solucionar un asunto de manera consensuada y destinar sus esfuerzos y recursos al esclarecimiento de otros delitos.*

*Además, porque ello implicaría la dilación del trámite y la celebración de una audiencia adicional (la de acusación), con las repercusiones que ello puede tener en materia de congestión y demora judicial.*

*Ahora bien, al hacer uso de esta posibilidad la Fiscalía debe explicar con claridad qué parte del contenido del acta corresponde a los ajustes de la calificación jurídica en aplicación del principio de legalidad y cuál es el componente del beneficio otorgado en virtud del preacuerdo.”<sup>11</sup>  
(Negrillas de la Sala)*

Por lo tanto, lo advertido por la Juez de instancia en los términos atrás relacionados en el caso que nos incumbe, es una muestra de una actuación errada frente al deber que le asiste llevar a cabo, en tanto que siendo la calificación jurídica una facultad exclusiva y excluyente del ente acusador, no puede el juez ejercer control material con relación a esa adecuación típica definida en el preacuerdo; es por esa razón que se ha establecido que en atención a “*los principios de igualdad de armas e imparcialidad dentro del sistema adversarial con tendencia acusatoria, el fallador ésta impedido para imponer su propia percepción del tipo penal a imputar, en tanto que proceder de esa forma, ocasiona vulneración al debido proceso en los asuntos que se someten al procedimiento abreviado.*”<sup>12</sup>

Así las cosas, con claridad debe entenderse que la función requirente está en manos de la Fiscalía, mientras que la jurisdiccional a cargo de la Judicatura, regla que se desdibuja cuando el juez de conocimiento se ocupa de corregir, cuestionar o enmendar, conforme a su percepción el contenido de los términos de la acusación sea en el trámite ordinario o por terminación anticipada, de ahí que se contemple que tales actos terminan sin lugar a

---

<sup>11</sup> CSJ Radicado SP 14842-2015, 43436, 28 oct 2015. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

<sup>12</sup> CSJ Radicado SP16731-2017, 45694, 27 sept 2017, M.P. Éyder Patiño Cabrera.

dudar siendo incompatibles con el papel imparcial que debe fungir el juez dentro del modelo acusatorio<sup>13</sup>.

Al margen de las apreciaciones referidas, no está de más mencionar que acorde a la novísima jurisprudencia constitucional que se conoce en materia de preacuerdos en casos de menores víctimas de esta clase de reatos<sup>14</sup>, se vislumbra que el acto consensuado se asoma válido cuando al ajustar la calificación jurídica del acto imputado por parte el ente acusador, se cuente con elementos materiales probatorios nuevos que permitan predicar o justificar el cambio del delito<sup>15</sup>, en pro de garantizar de manera armónica con el ordenamiento legal y superior los derechos fundamentales de la parte ofendida, por ser considerada un sector poblacional de protección especial<sup>16</sup>.

Con todo lo dicho, se vislumbra que el contenido del convenio sujeto a la valoración de la Juez de instancia cumple con los rigores legales, no siendo de recibo las apreciaciones mencionadas por la Falladora, pues las mismas, se itera, no se sujetan a la facultad que está destinada a cumplir, más si para el caso en concreto no se ha observado que exista afectación a las garantías

---

<sup>13</sup> Ver al respecto decisión de la CSJ, Radicado AP No. 39886 del octubre 16 de 2013, traído a colación en la sentencia del 27 de septiembre de 2017, No. SP16731-2017, 45964, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

<sup>14</sup> Sentencia T- 448 de 2018

<sup>15</sup> A la postre se tiene que para el caso en cuestión, tal como se señaló en el acápite de la reseña de la actuación cumplida, se destaca que la Delegada de la Fiscalía hizo hincapié en la recopilación de elementos materiales probatorios nuevos (ver a folios 73 a 78 de la carpeta), entre los que se destaca el interrogatorio ofrecido por el acusado, el que aunado a los medios suasorios ya conocidos llevaron a considerar que el delito endilgado en el acuerdo sometido a valoración es el que encierra debidamente el acontecer fáctico investigado.

<sup>16</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia T- 448 de 2018, con relación al interés superior de menor de edad víctima de delito sexual, sostuvo que *“El interés superior del menor de edad es un eje central de análisis constitucional que orienta la resolución de conflictos en los que está involucrado este sensible sector de la población al que se le debe garantizar una protección constitucional especial debido a su ausencia de madurez física y mental, la cual los hace indefensos y vulnerables. Las bases jurídicas de este principio se encuentran en el artículo 44 de la Constitución Política, en el cual se determina que el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de asistirlos y cuidarlos en procura de su desarrollo armónico e integral. // La Corte Constitucional siguiendo lo anterior ha determinado que la aplicación del interés superior del niño como principio depende de cada situación en concreto, por lo que se ha determinado que su significado “únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular”. Por ende, se ha considerado como un principio de naturaleza “real y relacional” que significa que “sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad”. Sin embargo, no se trata de un principio absoluto, por ende, si bien debe guiar a los operadores judiciales, a las entidades públicas y privadas y a la sociedad en general, se han establecido diferentes criterios para orientar su aplicación, entre ellos se vislumbran algunos de carácter fáctico y jurídico8. // (...) // Bajo ese entendido, se dispone su protección frente a todo tipo de acto o conducta que implique maltrato infantil<sup>83</sup> y violencia sexual<sup>84</sup>, incluyendo todo perjuicio, malos tratos, daño, sufrimiento o abuso físico, sexual o psicológico y, en general, todo tipo de conductas que atenten contra su dignidad humana.”*

procesales de la víctima de verdad, justicia y reparación, ya que el componente de cada una de ellas se encuentra solventado precisamente en los términos en que se fundó el acuerdo presentado por las partes, habiéndose incluso garantizado de manera anticipada una indemnización por el daño causado, tal como quedó consignado en el acta de reparación integral presentada a la Fiscalía el 16 de mayo de 2018<sup>17</sup>.

Por último, sí deberá precisar la Sala que el referente jurisprudencial<sup>18</sup> en el que se basó la Judicatura para reforzar su dicho al improbar el preacuerdo, no puede ser tomado en cuenta para el caso en análisis, ya que en ese evento la Corte Suprema de Justicia entró a estudiar un caso en donde se había agotado el trámite ordinario y del que se detectaron errores probatorios que impidieron demostrar el delito por el que acusó la Fiscalía al procesado; mientras que en el escenario que nos incumbe, como bien se plasmó en los párrafos anteriores la Juez se excedió en su labor de ejercer el control que le correspondía realizar al acuerdo presentado por las partes, al cuestionar la readecuación típica definida en el convenio y en ese orden pretender corregirla o enmendarla, cuando es eso lo que justamente reprocha el sistema acusatorio ante los roles atribuidos por la ley al juez como al ente fiscal.

Sean en consecuencia los planteamientos esbozados, los que sirvan de soporte jurídico para que el Tribunal determine la revocatoria del auto apelado y en su lugar disponga la aprobación del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía, el acusado y la defensa.

## **Decisión**

---

<sup>17</sup> Documento en el que intervine la madre de la menor ofendida, señora MMA y el acusado CL, en compañía de sus respectivos apoderados judiciales. Ver a folio 77 de la carpeta de investigación.

<sup>18</sup> CSJ Radicado 49799 del 7 de febrero de 2018, M.P. Fernando León Bolaños Palacios.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto,  
en Sala de Decisión Penal,

## **Resuelve**

**Primero.- Revocar** la providencia recurrida y es su lugar, **impartir aprobación al preacuerdo** suscrito por las partes en el presente asunto.

**Segundo.- Devolver** expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia.

**Tercero.-** Se notifica en estrados y se hace saber que contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese y cúmplase,

**Franco Solarte Portilla**  
**Magistrado**

**Blanca Lidia Arellano Moreno**  
**Magistrada**

**Silvio Castrillón Paz**  
**Magistrado**

**Miguel Ángel Sánchez Acosta**  
**Secretario**

